



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, nueve (09) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2015-00234-01
DEMANDANTE: GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE OVEJAS - SUCRE
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹

Los señores GUILLERMO GARCÍA GARCÍA, en nombre propio y de los menores MARIANGEL GARCÍA LAMBRAÑO y MARÍA JOSÉ GARCÍA VELILLA; ZENY LUZ ACOSTA VILLEGAS; CLAUDIA PATRICIA GARCÍA SALAZAR; DIANA MARGARITA GARCÍA SALAZAR y GUILLERMO RAFAEL GARCÍA SALAZAR, mediante apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra del municipio de Ovejas - Sucre, con el fin de que se le declare patrimonialmente responsable, por los perjuicios ocasionados con el no pago oportuno de los aportes a salud en

¹ Folios 7 - 9 del cuaderno de primera instancia.

el sistema general de seguridad social, que obligó a que de manera particular, se sufragaran gastos relacionados.

Como consecuencia de lo anterior, se solicita se condene a la entidad demandada, a indemnizar a los demandantes, efectuándose el pago de los siguientes conceptos:

“ El daño emergente. Constituido por la contingencia padecida por la víctima. Este, a su vez, contiene los siguientes conceptos:*

** El daño material. Constituido por la pérdida material, actual y efectiva, que sufre un determinado sujeto de derechos. Puede estar representado por el valor de reparación o de reposición de bienes materiales, gastos médicos, hospitalarios, transporte, etc. se trata del valor que realmente sale del patrimonio afectado.*

CLÍNICA SANTAMARÍA DE SINCELEJO, SUCRE.
PAGO DE GASTOS \$4.513.731.00

CENTRO MÉDICO GASTRO CENTRO SINCELEJO
PAGO DE GASTOS \$ 330.000.00

CENTRO RADIOLÓGICO LA 17 SINCELEJO
PAGO DE GASTOS \$ 60.000.00

IPS ASOCIACIÓN MÉDICA HUMANA DE OVEJAS, SUCRE
PAGO DE GASTOS \$ 120.000.00
\$ 394.600.00

PARA UN TOTAL DE \$ 5.418.331.00.

El daño moral (...) a mis representados le corresponde (sic) por perjuicios Morales la suma de cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, los cuales la parte demandante distribuye de la siguiente manera:

Nombre	Parentesco	Valor
GUILLERMO JOSÉ GARCÍA GARCÍA	Padre	100
ZENY LUZ ACOSTA VILLEGAS	Madre	100
MARIANGEL GARCÍA LAMBRAÑO	Hermana	50
MARÍA JOSÉ GARCÍA VELILLA	Hermana	50
CLAUDIA PATRICIA GARCÍA SALAZAR	Hermana	50
DIANA MARGARITA GARCÍA SALAZAR	Hermana	50
GUILLERMO RAFAEL GARCÍA SALAZAR	Hermano	50

1.2.- Hechos de la demanda²:

El señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA se encontraba afiliado al régimen contributivo en salud en la EPS SALUDCOOP, en su condición de concejal electo durante el período 2012 – 2015 en el municipio de Ovejas – Sucre. En tal afiliación, tenía como beneficiario a su hijo JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.).

El joven JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.) falleció por muerte natural el día 4 de noviembre de 2013, ocurriendo que para tal fecha, el ente territorial demandado se encontraba en mora en los pagos de los aportes al sistema de seguridad social en salud, razón por la cual, dicen los demandantes, les tocó sufragar de manera directa la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$5.418.331.00) por concepto de gastos médicos, discriminados en la forma como se señala en el acápite de pretensiones.

Dice la parte actora, que el día 24 de septiembre de 2014 solicitó al Alcalde Municipal de Ovejas – Sucre, el reconocimiento y pago de los gastos en salud que fueron sufragados, obteniendo como respuesta comunicación oficial de fecha 27 de octubre de 2014, en la que se niega su petición.

1.3. Contestación de la demanda.

El **municipio de Ovejas – Sucre**³, dio respuesta a la demanda, señalando, que se opone a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos. Frente a los hechos, dijo, que algunos de ellos son ciertos y otros no le constan.

Acepto como ciertos, el hecho de que el señor GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA se desempeñó como concejal del municipal de Ovejas – Sucre, al igual que su afiliación al régimen contributivo en salud,

² Folios 1 – 2 del cuaderno de primera instancia.

³ Folios 154 – 156, cuaderno de primera instancia.

desconociendo a qué EPS se hallaba afiliado y quienes eran sus beneficiarios. Así mismo acepta como cierto, la existencia de solicitud de reembolso de gastos médicos.

En su defensa señala, que en el presente asunto no se demuestra la existencia de un nexo causal entre los supuestos daños y perjuicios alegados con la supuesta omisión del Municipio demandado, por lo que no puede haber imputación alguna de responsabilidad.

Como excepciones propone: *inepta demanda*, por indebida escogencia del medio de control, toda vez que debió elegirse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; *caducidad*, en tanto, si el medio de control adecuado era el de nulidad y restablecimiento del derecho, el plazo para demandar después del 27 de octubre de 2014, cuando fue respondida la petición formulada por el interesado, había sido superado, pues, la demanda se formuló el día 4 de noviembre de 2015.

Y aun, dice, aceptándose que se tratara del medio de control de reparación directa, el mismo se halla caducado, pues, no se acreditó con la demanda la fecha de defunción del joven JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.), entendiéndose que los dos años de caducidad, habían sido superados.

1.5.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 15 de mayo de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, dijo, que:

“Respecto del daño como elemento de la responsabilidad dentro de la presente causa litigiosa, huelga indicar que se encuentra debidamente probado que se sufragaron unos gastos derivados de la prestación del servicio de salud de que fue objeto JOSÉ

⁴ Folios 191 - 210 del cuaderno de primera instancia.

GILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.) por parte de la Clínica Asociación Médica Humana Empresa Asociativa de Trabajo en el municipio de Ovejas y de la Clínica Santa María S.A.S. de la ciudad de Sincelejo, que si bien en principio no se estaba en la obligación de sufragar, encontramos que dentro del expediente no reposa prueba alguna que permita determinar que estas expensas fueron atendidas por el señor GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA, ya que, muy a pesar de que de acuerdo con las declaraciones rendidas por parte de los señores JORGE DÍAZ BARRIOS y GILBERTO GUSTAVO GARCÍA GARCÍA, se puede desprender que al señor GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA le realizaron un préstamo de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) para costearlos, no existe, se itera, prueba de que dicha suma de dinero se haya destinado para pagar los costos en salud aludidos. De igual forma, no está acreditado que la "EPS no autorizó costear los servicios de salud por inconvenientes administrativos" endilgados al no pago o a la mora en girar los aportes en salud del señor GARCÍA GARCÍA como concejal del municipio de Ovejas para los años 2012 a 2015.

Aunado a lo anterior, observa el Despacho que tampoco existe prueba dentro del plenario de que JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.) era beneficiario del sistema de salud del señor GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA.

Por otra parte, en lo que atañe a las facturas obrantes a folios 44 y 45 del expediente, emitidas por la Unidad Médica Especializada GASTROCENTRO S.A.S. de fecha 20 de septiembre de 2013 y el Centro Radiológico de la 17 E.U., de fecha 31 de octubre de 2013, se observa que las mismas fueron sufragadas por JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.), con anterioridad a la fecha en que este ingresó a urgencias y al no encontrarse dentro del expediente orden médica alguna que ordenara los respectivos estudios realizados, se puede sustraer que se realizaron de manera independiente y particular, insistiendo en este punto el Despacho, en la ausencia de pruebas que permitan tener por probada la omisión en el pago de aportes al sistema de salud por parte de la entidad demandada...".

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la impugnó, con el objeto de que fuera revocada en esta instancia y en su lugar, se concedieran las pretensiones de la demanda.

⁵ Folios 215 - 218 del cuaderno de primera instancia.

Argumenta, que la primera instancia no valoró el material probatorio existente en el expediente, limitándose solamente a señalar que la carga de la prueba correspondía al demandante, cuando en realidad en el proceso se demostró el daño ocasionado con las pruebas documentales y testimoniales.

Insiste en que el daño surge como consecuencia del no pago oportuno de los aportes en seguridad social al señor GUILLERMO DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA, concejal activo del Municipio de Ovejas – Sucre, para la época en que sucedieron los hechos del deceso del joven JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.), independiente que fuera por muerte natural dicho fallecimiento, pues, en todo caso, se configuró la omisión por la no prestación del servicio médico o la falla del servicio.

Agrega, que en cuanto al daño moral, el mismo surge del solo hecho de no prestarse el servicio de salud, lo cual se halla demostrado con el fallecimiento del menor JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSA (q.e.p.d.).

Requiere en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda, en las cuantías que ahí se fijaron.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante proveído de fecha 25 de septiembre de 2018, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante⁶.
- Por auto de 6 de diciembre de 2018⁷, se dispuso correr traslado a la partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

En esta oportunidad procesal, hubo pronunciamiento de las partes y del Ministerio Público, de la siguiente manera:

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

a. **Parte Demandante**⁸, en sus alegatos reafirma el contenido de su recurso de apelación y señala, que el Juzgado a quo debió oficiar a la entidad competente, para establecer si el joven fallecido se encontraba afiliado al sistema de salud que lo amparaba en su momento, razón por la cual, dice anexar a sus alegatos, la prueba de ello, esto es, el formulario de afiliación y el certificado del FOSYGA y la verificación de derechos activos de afiliación.

b. **Parte Demandada**⁹, en su escrito de alegaciones sostiene, que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, pues, ciertamente en el expediente no hay prueba del daño, ni tampoco que indique que los gastos que se sufragaron fueron destinados a pagar los costos en salud a que alude el demandante, así como tampoco, dice, existe prueba que el señor JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.) era beneficiario del sistema de salud del señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA, aspectos que señala son fundamentales para establecer el daño sufrido y por no estar probado el mismo, afirma, se hace imposible que se pueda crear o dar los dos elementos restantes necesarios para determinar el daño e imputar la responsabilidad del Estado, por lo que la decisión recurrida se ajusta a derecho.

c. **Ministerio Público**¹⁰, la Agente del Ministerio Público delegada ante este Tribunal, presentó sus alegatos de conclusión, afirmando:

“... De las pruebas allegadas tenemos que no se demostró que el señor JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (...) fuera el beneficiario del señor GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA, ya que por ser mayor de edad tenía que demostrar que estaba estudiando y por tal razón continuaba dependiendo de su padre o que era discapacitado y como tal también gozaba de los beneficios de salud como beneficiario.

Tampoco se demostró que el actor requirió en su momento los servicios de salud a la EPS a la cual se encontraba afiliado y esta

⁸ Folios 14 - 20, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 12 – 13, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 24 – 28, cuaderno de segunda instancia.

negara su prestación, precisamente por el no pago de aportes por parte del empleador, en este caso del municipio de Ovejas (...)

Recordemos que la afiliación en salud solo se demuestra con la certificación que expide la EPS, y con el carnet por ella entregado a la persona como cotizante y a cada uno de los beneficiarios a su cargo. Sin embargo, si la EPS no le ha entregado el carnet, puede demostrar que se encuentra afiliado con el formulario de afiliación, con la autoliquidación de aportes (...)

Considera esta Delegada, que el actor debió probar primero que su hijo GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.) era beneficiario suyo, que se encontraba afiliado como cotizante en una EPS, segundo que el municipio de Ovejas no había cancelado la afiliación en salud del respectivo mes y que por tal razón, la respectiva EPS no lo atendió, razón por la cual debió él como padre cancelar dichos valores..."

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema jurídico

Vista la postura o la tesis medular del recurrente, el problema jurídico a desatar en el presente asunto, consiste en determinar: ¿Es el municipio de Ovejas - Sucre patrimonialmente responsable de los perjuicios alegados por la parte actora, como consecuencia de la omisión en pagar los aportes en salud a favor del señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA y que dieron lugar a que esta persona debiera sufragar directamente los gastos por tal concepto, a fin de cubrir la atención médica de su hijo, ahora fallecido?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Responsabilidad extracontractual del Estado – presupuestos de configuración.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia¹¹, establece una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado, por aquellos daños antijurídicos, causados por la acción u omisión imputable a sus agentes.

Dentro de dicha disposición de orden constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha encuadrado dos elementos de responsabilidad a tener en cuenta, tales como el daño antijurídico y la imputación¹².

Por *daño antijurídico* se ha definido, que el mismo “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas”¹³. Para que el daño sea del talante antijurídico, tiene que tener unos condicionamientos, que permitan esta categorización, esto es, que el daño irrogado debe ser cierto, actual o personal.

Sobre el carácter cierto, como elemento *sine qua non*, para declarar la responsabilidad administrativa del Estado, el Honorable Consejo de Estado, ha decantado:

“... el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio

¹¹ Constitución Política de Colombia. “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 23300. C. P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz.

¹³ *Ibíd.*

indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública"¹⁴. (Subrayas de la Sala).

Asimismo, la doctrina ha expuesto sobre el tema lo siguiente:

"... es claro entonces que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino un específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio."

(...)

Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio 'aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual'. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará"¹⁵. (Subrayas de la Sala)

Atendiendo lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina, se colige, que el daño cierto, se erige como aquél objeto de reparación o indemnización económica, indistintamente, si es presente o futuro, que aparece como la prolongación cierta y directa del estado de cosas que lo produjo, de tal manera, que se descarta de plano, que éste pueda ser hipotético o eventual, pues, esta modalidad, no está prevista para ser objeto de resarcimiento.

Por su parte, el carácter personal del daño, se refiere a la titularidad jurídica o derechos, que tiene la persona afectada sobre el bien que sufrió un desmedro, dicho de otra manera, apunta a que quien efectivamente sufrió un perjuicio, como consecuencia de una acción u omisión del Estado,

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13186.

¹⁵ Henao Pérez, Juan Carlos, *El daño*, U. Externado, segunda reimpresión 2007, p. 131.

ostenta el interés jurídico para acudir a la reclamación e indemnización de los perjuicios causados¹⁶.

De otro lado, en relación a la segunda arista de la responsabilidad extracontractual, es decir la **imputación**, ésta se instituye como la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o *subjetiva*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”¹⁷, con la advertencia de que en atención del principio *iura novit curia*, “corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”¹⁸.

La imputación debe estudiarse bajo dos esferas, a saber: (i) desde un ámbito fáctico y (ii) jurídico. Este presupuesto, es de suma importancia, para poder endilgarse a la administración, una eventual responsabilidad, cuando exista un sustento fáctico y una atribución jurídica, esto es, un hecho generador de un daño antijurídico y un título jurídico, que se erija como herramienta de imputabilidad de ese hecho generador del daño, los cuales a la luz de la jurisprudencia contenciosa administrativa, estriban en falla del servicio – responsabilidad subjetiva – o la teoría de imputación objetiva; cada uno de estos títulos de endilgación jurídica, va tener una aplicación, dependiendo del caso particular y del precedente jurisprudencial, que se haya

¹⁶ Como lo sostiene el Dr. Hugo Andrés Arenas Mendoza: “Este problema, denominado *individualización del daño*, se concreta en lograr determinar, quién puede reclamar los daños sufridos, es decir, en encontrar la verdadera víctima o, en otros términos, al titular del interés”. Libro Régimen de Responsabilidad Objetiva, editorial Legis, edición 2013, página 163.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

establecido para cada situación, donde resulte comprometida la responsabilidad del Estado.

Al respecto, el Consejo de Estado determinó¹⁹:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”.

2.3.2.- Régimen de seguridad social en salud de los concejales.

Al tenor de lo previsto en las Leyes, 136 de 1994, 1148 de 2007, 1551 de 2012, el Decreto 3171 de 2004 y la Sentencia C-043 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, se colige que los Concejales tienen garantizada su seguridad social y, en cuanto a la cobertura en Salud, ésta debe ser asumida con cargo al presupuesto del respectivo ente territorial, bien sea (i) a través de la contratación de una Póliza de Seguros o (ii) mediante la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS, presentándose, incluso, cualquiera de las eventualidades que adelante se tratan.

Al efecto, la Ley 136 de 1994, concretamente en sus artículos 65, 68 y 69 contempla el derecho que tienen los Concejales, tanto a un seguro de vida, como a uno de atención médica. Al respecto y para entender el espíritu de la norma con relación al cubrimiento en salud de los Concejales, resulta pertinente remitirse a lo dispuesto en la Sentencia C-043 de 28 de enero de 2003, proferida por la Corte Constitucional, Expediente D-4169. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, al conocer la Demanda de Inconstitucionalidad del artículo 69 (parcial) de la Ley 136 de 1994, en donde en algunos de sus apartes, precisó:

¹⁹ Sentencia del 8 de junio de 2011, Sección Tercera, Subsección A, expediente 19360, C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

“(…)

E. Examen del cargo por violación del derecho a la seguridad social. Régimen remuneratorio y prestacional de los concejales.

(…)

13. De todo lo anterior se concluye que la finalidad que persiguió el legislador al conceder a los concejales el seguro de vida y de atención médica a que se refieren las normas bajo examen, fue doble: de un lado, retribuir de esta manera los servicios efectivamente prestados por los concejales, y de otra, cubrir los riesgos de muerte o de necesidad de atención médica que sean “inherentes al ejercicio del cargo”, o que estén “relacionados con la actividad que desempeñan” los concejales (…)

En conclusión, lo anterior significa que los concejales tienen derecho a la seguridad social de la misma manera como está prevista para cualquier otro ciudadano, solo que corresponde a la ley determinar respecto a cada grupo de servidores la forma y oportunidad como se debe efectuar el reconocimiento.

En la actualidad, los concejales tienen la seguridad social prevista en los artículos 65, 68 y 69 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 34 del Decreto 1421 de 1993 en términos de seguros de vida y de salud...

(…)

Si como lo dispone la ley 100 de 1993, los concejales en su calidad de servidores públicos están afiliados al sistema general de salud que ella regula, debe entonces concluirse que los seguros de vida y salud que el mismo legislador les otorgó posteriormente mediante la Ley 136 de 1994, constituyen como dice la exposición de motivos “un avance” en tal materia. Es decir, que constituyen un beneficio adicional al anteriormente reconocido y no la forma única de satisfacer el derecho a la seguridad social.

(…)

De esta manera, si los concejales tienen asegurado el derecho a la seguridad social en virtud de la obligación de los municipios de afiliarlos al régimen general de salud regulado por la ley 100 de 1993, el no pago de los seguros de vida y atención médica a que aluden las disposiciones bajo examen no tiene el alcance de desconocer su derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo arguye la demanda (…)

A su vez, el Decreto 3171 de 2004, reglamentó parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley antes mencionada, precisando en su artículo 1º, la

obligación que tienen los municipios y distritos de incluir en sus presupuestos, las partidas necesarias para garantizar los servicios de Salud a los Concejales, bien sea, a través de una póliza de seguro de salud (caso en el cual y al tenor de lo previsto en el artículo 4 ibídem, deberán contratarla con una compañía aseguradora legalmente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria) o mediante la afiliación al régimen contributivo de salud; advirtiendo, que con cargo a los recursos del municipio, no podrán coexistir la póliza de seguro de salud, con la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con posterioridad a las normas reseñadas, el artículo 3 de la Ley 1148 de 2007, modificadorio del artículo 68 de la Ley 136 de 1994, ya referido, estableció:

“ARTÍCULO 3o. CONTRATACIÓN DE LA PÓLIZA DE VIDA PARA CONCEJALES. *Los alcaldes de municipios pertenecientes a categorías cuarta, quinta y sexta contratarán, con cargo a la sección presupuestal del sector central del municipio, la póliza de seguro de vida y de salud para los concejales de que trata el artículo 68 de la Ley 136 de 1994. (...)*”

Y a su vez, la Ley 1551 de 2012, disposición normativa relacionada con el régimen municipal, entre otras cosas, modificó algunos apartes de la Ley 136 de 1994 y de la Ley 1148 de 2007 y sobre la afiliación al Sistema General de Seguridad Social -SGSS, consagró: “Artículo 23. *Los Concejales tendrán derecho a seguridad social, pensión, salud y ARP, sin que esto implique vinculación laboral con la entidad territorio. Para tal efecto, los concejales deberán cotizar para la respectiva pensión (...)*”, reiterándose de esta manera, el derecho de los Concejales de acceder a la seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), como en igual sentido lo tienen los demás trabajadores independientes que perciben ingresos iguales o superiores a un salario mínimo legal mensual vigente y que como tal, les impone el deber de efectuar las respectivas cotizaciones, sin que éstas impliquen vínculo laboral alguno.

De ahí que en tal contexto, en materia de salud para los concejales, puedan ocurrir las siguientes situaciones fácticas en materia de cobertura:

1. Que se adquiriera póliza por parte del municipio y el Concejal, con sus propios recursos se afilie al régimen contributivo, dado que con cargo al municipio, se itera, no pueden coexistir las dos formas de protección en salud.
2. Que el municipio en lugar de suscribir la póliza, afilie a sus Concejales al régimen contributivo, asumiendo la cotización.

De ahí que en asuntos como el tratado, lo primero que debe establecerse es cuál es la forma de atención en salud para sus concejales que ha escogido el ente territorial, a fin de verificar cuál es la mora en que pudo incurrir, pues, bien puede resultar que la misma sea absoluta, es decir, que no se haya acudido a ninguna de las dos maneras antes indicadas o que definitivamente se haya escogido una de las dos y que no se haya pagado la póliza de seguros o que se hayan dejado de pagar los aportes respectivos, trayendo ello consigo, consecuencias distintas en la prestación del servicio de salud.

Al efecto, si se trata del seguro de vida y salud, la mora en el pago de la prima genera la cancelación automática del seguro, con ello, que los servicios de salud no se presten de manera inmediata; mientras que si se trata de la mora en el pago de cotizaciones en salud, pueden presentarse cualesquiera de las situaciones que se describen en las normas que a continuación se transcriben:

“Artículo 71. Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes. El no pago por dos períodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS. Durante el periodo de suspensión, el empleador en mora deberá pagar el costo de los servicios de salud que demande el trabajador y su núcleo familiar, sin perjuicio del pago de las

cotizaciones adeudadas y de los intereses de mora correspondientes.

De acuerdo con el artículo 43 de la Ley 789 de 2002, cuando ha mediado el descuento del aporte del trabajador y el empleador se abstiene de efectuar el pago de los aportes y por ello se encuentre en mora, la EPS deberá garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud al trabajador y a los integrantes de su núcleo familiar que se encuentren con tratamientos en curso, sea en atención ambulatoria, con internación, de urgencias, domiciliaria o inicial de urgencias. Los costos derivados de la atención en salud del afiliado cotizante y su núcleo familiar estarán a cargo del empleador que se encuentre en mora, para lo cual la EPS cubrirá los costos y repetirá contra el empleador. Para tal efecto, el trabajador deberá allegar el desprendible de pago o su documento equivalente en el que conste que le ha sido descontado el aporte a su cargo.

Cuando el empleador no haya cumplido con la obligación de efectuar el descuento del aporte del trabajador y se encuentre en mora, durante el período de suspensión de la afiliación, la EPS en la cual se encuentre inscrito el trabajador no estará obligada a asumir la prestación de los servicios de salud, salvo que se trate de la atención de gestantes y de menores de edad. En este evento, los servicios que demanden el trabajador y su núcleo familiar serán cubiertos en su totalidad por el empleador, sin perjuicio de la obligación de pago de las cotizaciones adeudadas y de los intereses de mora correspondientes.

La EPS podrá optar por suscribir acuerdos de pago con los empleadores por las cotizaciones en mora y en este evento no interrumpirá la prestación de los servicios de salud de los trabajadores y sus núcleos familiares. Una vez obtenido el recaudo de las cotizaciones adeudadas, la EPS tendrá derecho al reconocimiento de las respectivas UPC y siempre que demuestre que garantizó la prestación de los servicios de salud durante ese lapso. Si se incumplen las obligaciones establecidas en los acuerdos de pago, procederá la suspensión de la prestación de los servicios de salud de los afiliados comprendidos en el acuerdo y el costo de los servicios de salud que demanden los trabajadores y sus núcleos familiares estará a cargo del empleador. En ningún caso la suscripción de acuerdos de pago podrá involucrar la condonación de cotizaciones o intereses de mora.

Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

Los efectos previstos en el presente artículo se aplicarán siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora.

Cuando en cumplimiento de una decisión judicial, la EPS deba prestar servicios de salud a los trabajadores y sus núcleos familiares que tengan suspendida la afiliación por causa de la mora de su empleador, repetirá contra este último los costos de los servicios de salud en que incurrió.

Si al finalizar la vinculación laboral, el empleador se encuentra en mora, tal circunstancia no podrá constituir una barrera para que el trabajador se inscriba en una EPS a través de un nuevo empleador o como trabajador independiente, o acceda al período de protección laboral o al mecanismo de protección al cesante, o ejerza la movilidad en el régimen subsidiado con su núcleo familiar, si cumple los requisitos para ello.

Cuando se cumpla lo previsto en el artículo 43 de la Ley 789 de 2002 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya o se haya garantizado la prestación del servicio para mujeres gestantes o menores de edad, las cotizaciones en mora que se recauden, podrán ser compensadas siempre y cuando, se haya garantizado efectivamente el acceso a los servicios de salud de los afiliados por los que se recaudó la cotización. En este evento, la EPS podrá apropiarse los intereses por mora que se causen por estas cotizaciones”.

“Artículo 72. Consecuencias de la negación de la atención en salud por la mora del empleador cuando haya mediado el descuento de los aportes. Cuando una EPS, a pesar de que el trabajador le haya acreditado que su empleador le practicó el descuento del aporte a salud, niegue la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios al trabajador cotizante y su núcleo familiar que se encuentre con tratamientos en curso, sea en atención ambulatoria, con internación, de urgencias, domiciliaria o inicial de urgencias, no tendrá derecho a recibir las UPC correspondientes a los períodos de mora.

El trabajador cotizante deberá reportar a la Superintendencia Nacional de Salud los casos en los que la EPS niegue los servicios argumentando la mora del empleador. El reporte se hará mediante la remisión del “formato de negación de servicios” o por vía escrita o telefónica o cualquier otro medio expedito que disponga esa entidad.

Una vez recibida esta queja, la Superintendencia Nacional de Salud solicitará a la EPS las explicaciones del caso, verificará si la negación de servicios de salud obedeció a la mora del empleador, adoptará respecto de la EPS las medidas de su competencia y procederá a inscribir a la EPS en el listado de entidades que negaron servicios al trabajador. Copia de este

listado será remitido mensualmente al FOSYGA o quien haga sus veces para efectos de la compensación.

Cuando el empleador en mora efectúe el pago de las cotizaciones por los períodos adeudados, la EPS deberá girar las cotizaciones y los intereses de mora que se hubieren causado al FOSYGA o quien se haga sus veces sin que haya lugar al reconocimiento de las correspondientes UPC".

De ahí que en punto de lo reclamado por la vía de la reparación directa, sea importante conocer, en segundo lugar, que ha ocurrido con la forma de atender la salud del concejal, es decir, si siendo aporte, por ejemplo, ha habido o no allanamiento a la mora de parte de la EPS o si tratándose de póliza de seguro de vida y salud, ha habido efectivamente terminación automática del seguro e incluso, como tercer aspecto a considerar, para este último caso, si el seguro tiene la cobertura necesaria para la dolencia física atendida.

2.4.- Caso concreto.

En el presente asunto, el recurso de apelación va dirigido a que revoque la decisión de primera instancia, concediéndose lo pedido, bajo el argumento de que existe prueba suficiente que indica el daño causado a los demandantes.

Para la Sala, solucionando el dilema planteado, no existe prueba que demuestre el daño, afirmación que surge de considerar lo siguiente:

a. Como pruebas válidamente recaudadas²⁰ y relevantes para lo planteado, se tiene:

²⁰ Se anota en este punto, que de conformidad con el art. 212 del CPACA, no constituye oportunidad probatoria el traslado para alegar en segunda instancia, por ende, los documentos aportados por el apelante en dicho período, no pueden ser considerados como prueba en esta oportunidad, sin que sea de recibo alegar la proactividad del Juez, en tanto, dichos documentos eran de fácil consecución por el interesado y debieron ser expuestos en las oportunidades probatorias correspondientes, que para el caso se dieron en la primera instancia, pues, no se trata de prueba sobreviniente.

* Certificación emanada de la Comisión Escrutadora Municipal de la Registraduría Nacional del Estado Civil²¹, en donde se da fe que el señor GUILLERMO JOSÉ DEL CARMEN GARCÍA GARCÍA, fue elegido concejal del Municipio de Ovejas – Sucre para el período comprendido entre los años 2012 a 2015, luego, puede entenderse que para dichos años, como concejal, el mencionado señor tenía derecho a estar asistido en salud, bajo los términos que rigen a los concejales municipales de conformidad con las normas para entonces vigentes.

* Certificado de defunción de JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA²², deceso que se dice ocurrió el 4 de noviembre de 2013.

* Memorial fechado a septiembre 26 de 2014²³, mediante el cual, el señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA, solicita al entonces Alcalde Municipal del ente demandado, el *“reembolso causado por el no pago oportuno de los aportes en salud a la EPS SALUDCOOP que como concejal tengo derecho”*.

* Oficio de fecha 27 de octubre de 2014²⁴, conforme al cual, el entonces Alcalde Municipal del ente territorial demandado, da respuesta a la petición formulada por el señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA, indicando, *“no es posible por vía administrativa hacer el tipo de reconocimiento económico solicitado, como quiera que corresponde a la justicia contencioso administrativa determinar si existe o no responsabilidad de esta entidad territorial por el pago de los servicios médicos que Usted presuntamente sufragó con ocasión del no pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social en salud al cual Usted y su núcleo familiar se encuentran afiliados”*.

* Sendas facturas de pago de gastos hospitalarios, ambulancia y medicamentos²⁵.

²¹ Folio 35 del cuaderno de primera instancia.

²² Folio 36, cuaderno de primera instancia.

²³ Folio 37, cuaderno de primera instancia.

²⁴ Folio 38, cuaderno de primera instancia.

²⁵ Folios 39 – 45, cuaderno de primera instancia.

* Copia de la Historia Clínica elaborada por la Clínica Santa María²⁶, correspondiente al señor JOSÉ GUILLERMO GARCÍA ACOSTA (q.e.p.d.), en donde se anota, que se trata de atención particular, luego de haber asistido a diferentes instituciones de salud. Atención médica que se registra para el año 2013, mes noviembre.

* Testimonios de JORGE DÍAZ BARRIOS y de GILBERTO GUSTAVO GARCÍA GARCÍA²⁷.

b. Con las pruebas arrojadas en tiempo, no es posible determinar si el señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA, concejal del municipio de Ovejas para el período 2012 a 2015, se encontraba afiliado a una EPS, de manera directa o por afiliación hecha por el Municipio de Ovejas o incluso, si era amparado por una póliza de seguros; así mismo, tampoco se sabe si la afiliación a la EPS era con SALUDCOOP, como se afirma en la demanda y menos aún, que su hijo fuera inscrito como beneficiario en la misma EPS.

Y si bien el ordenamiento jurídico implicaba que el mencionado señor, así como su núcleo familiar se encontrasen debidamente afiliados al sistema general de salud, lo cierto es que en punto de la reparación buscada, no se sabe si tal cosa era cierta o no y a cargo de quien se encontraba. Nótese en este último aspecto, que era válido, incluso, que la afiliación sea del mismo concejal interesado en el reembolso –como independiente-, dadas las características que tiene el sistema de salud de los concejales municipales.

Así mismo, las pruebas aportadas no rebaten el hecho de que, eventualmente, el demandante haya acudido a servicios médicos u hospitalarios similares de forma privada, a los que se ofrecen por la EPS a la cual se dice se encontraba afiliado, actitud que es válida y que evidentemente debe ser cubierta por el interesado, al desbordar el Plan

²⁶ Folios 46 – 70, cuaderno de primera instancia.

²⁷ Folios 175 – 177, cuaderno de primera instancia. CD de audiencia de pruebas.

Básico de Atención en Salud. Esta apreciación surge de tener en cuenta, las anotaciones que aparecen en algunos apartes de la historia clínica, en donde se dice que se acude a los servicios, como forma de obtener un concepto médico distinto.

De otra parte, los demandantes señalan en su libelo genitor, que el municipio de Ovejas – Sucre cancelaba cotizaciones en salud a la EPS SALUDCOOP, hecho frente al cual el municipio demandado alegó desconocimiento, dando a entender que el régimen en salud al cual se encontraba vinculado el señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA era el contributivo. Aceptando que tal cosa hubiera ocurrido, nada se sabe frente a las incidencias propias de la afiliación, esto es, que se haya o no pagado las cotizaciones en salud oportunamente por parte del ente territorial demandado o que no habiéndose efectuado, la EPS, por ejemplo, se haya allanado a la mora, siendo en este último evento, del resorte de la EPS requerir el correspondiente pago de cotizaciones y que lo pagado por el señor GARCÍA GARCÍA, no sea más que atención médica de orden particular cubierta con patrimonio propio.

c. Los testimonios de JORGE DÍAZ BARRIOS y de GILBERTO GUSTAVO GARCÍA GARCÍA, solamente dan fe del crédito que se facilitó al señor GARCÍA GARCÍA, más no puede aceptarse su dicho respecto a las condiciones en que se encontraba afiliado el mencionado señor a una EPS, pues, sus afirmaciones devienen de oídas, al haberse enterado de la aparente falta de pago de los aportes en salud, por comentarios efectuados por el propio señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA.

Nótese, que si bien el señor GILBERTO GUSTAVO GARCÍA GARCÍA, al absolver el correspondiente interrogatorio dijo que acompañó al señor GUILLERMO GARCÍA GARCÍA a visitar a su hijo hospitalizado, en ningún momento señaló haber estado presentado en las reclamaciones o conversaciones sostenidas con la IPS que atendía al paciente y que se hubieran relacionado con el tema de la falta de pago de los aportes.

Siendo así, dadas las falencias que se han puesto de relieve, no es posible en el presente asunto acceder a las pretensiones de la demanda, confirmándose la determinación tomada por el a quo.

2.5. Condena en costas. En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., al no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se le condenará en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 15 de mayo de 2018, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. El Juez *A quo*, liquidará lo pertinente a ambas instancias, incluyendo las agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0111/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA